

3. COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS – O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E A CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL

ANTÔNIO SÉRGIO ROCHA DE PAULA

Procurador de Justiça do Estado de Minas Gerais

1. Acórdão

APELAÇÃO CÍVEL N.º 1.0686.02.040293-5/001

COMARCA: Teófilo Otoni

RELATORA: Desembargadora Maria Elza – 5ª Câmara Cível

APELANTE: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

APELADO: Município de Teófilo Otoni

EMENTA: Constitucional. Omissão do Poder Executivo no fornecimento de serviço de relevância pública de transporte de doentes. Determinação do Poder Judiciário para cumprimento de dever constitucional. Inocorrência de ofensa ao princípio de separação de poderes e à Cláusula da Reserva do Possível.

O Ministério Público, como defensor dos interesses da sociedade perante o Estado, possui legitimidade para zelar pelo efetivo cumprimento dos serviços de relevância pública assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia (art. 129, inciso II cumulado com art. 197, da CF). Ademais, a sua atuação para assegurar a prestação de serviço de relevância pública encontra amparo no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e nos direitos sociais fundamentais à vida e à saúde. Um pedido, que concretiza objetivos, princípios e direitos fundamentais da República e que se harmoniza com o Estado Social e Democrático de Direito, consagrado pela Constituição da República de 1988, não pode ser considerado juridicamente impossível. A judicialização de política pública, aqui compreendida como implementação de política pública pelo Poder Judiciário, harmoniza-se com a Constituição de 1988. A concretização do texto constitucional não é dever apenas do Poder Executivo e Legislativo, mas também do Judiciário. É certo que, em regra a implementação de política pública, é da alçada do Executivo e do Legislativo, todavia, na hipótese de injustificada omissão, o Judiciário deve e pode agir para forçar os outros poderes a cumprirem o dever constitucional que lhes é imposto. A mera alegação de falta de recursos financeiros, destituída de qualquer comprovação objetiva, não é hábil a afastar o dever constitucional imposto ao Município de Teófilo Otoni de prestar serviço de relevância pública correlacionado com a área de saúde. Assim, a este caso não se aplica à cláusula da Reserva do Possível, seja porque não foi comprovada a incapacidade econômico-financeira do Município de Teófilo Otoni, seja porque a pretensão social de transporte público na área de saúde se afigura razoável, estando, pois, em plena harmonia com o devido processo legal substancial. Louve-se a atuação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na defesa permanente dos

direitos sociais da população carente que, por ser menos favorecida do ponto econômico, social, político e cultural, é constante esquecida pelos donos do poder, sendo apenas lembrada em épocas eleitorais.

ACÓRDÃO:

Vistos etc., acorda, em Turma, a Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, em dar provimento.

Data do julgamento: 28 de outubro de 2004.

2. Razões

Na decisão que se comenta, observa-se que a Quinta Câmara Cível, ao julgar a Apelação Cível n.º 1.0686.02.04293-5/001, entendeu que a determinação do Poder Judiciário para que o Município fornecesse o serviço de transporte de doentes não seria ofensiva ao princípio da separação dos poderes, na hipótese de injustificada omissão do Executivo. O Acórdão afastou, ainda, a aplicação da cláusula da reserva do possível, ao argumento de que a mera alegação de falta de recursos financeiros, destituída de comprovação objetiva, não é hábil a afastar o dever constitucional de prestar serviço de relevância pública.

3. Justificativa

Escolheu-se para comentar decisão sobre o uso da ação civil pública para se questionar as políticas públicas, por se tratar de tema polêmico na doutrina e na jurisprudência brasileiras. Por outro lado, o Acórdão, repercutindo decisão do STF proferida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 45, Rel. Min. Celso Mello, *DJ* 04.05.2004, fez considerações valiosas a respeito da Cláusula da Reserva do Possível, segundo a qual o atendimento das pretensões formuladas em face do poder público estaria condicionado à existência de disponibilidade financeira. Finalmente, a escolha revela uma tendência moderna da jurisprudência do Tribunal de Justiça mineiro no sentido de admitir a implementação de política pública pelo Judiciário, na hipótese de injustificada omissão do Executivo.

4. Comentário

4.1 Descrição do Caso Julgado

Na Comarca de Teófilo Otoni, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, atuando em favor dos pacientes que necessitam de cuidados especiais e de transporte para outros centros de atendimento médico, intentou ação civil pública em face do Município, pleiteando que esse fosse condenado à obrigação de fornecer transporte gratuito com o devido acompanhamento por técnico de enfermagem. O Juízo *a quo* extinguiu o processo sem julgamento de mérito, ao argumento de que o pedido era juridicamente impossível

“[...] passando por cima dos Poderes Executivo e Legislativo e desconsiderando as leis orçamentárias”.

O Acórdão reformou a sentença argumentando que: a omissão do Município no fornecimento de transporte ambulatorial gratuito aos pacientes em estado grave de saúde importa em grave violação ao direito fundamental à saúde, à vida e ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana; a efetivação do direito à saúde é dever inafastável do Estado, devendo ele empreender todos os esforços para a sua concretização, sob pena de violação ao direito fundamental maior que é a vida (art. 196 da CF); o Poder Judiciário deve e pode impor ao Executivo o cumprimento dessa disposição constitucional; o princípio da separação de poderes não pode ser invocado para justificar a burla à Constituição; a implementação de política pública, em regra, é da alçada do Executivo e do Legislativo, todavia, na hipótese de injustificada omissão, o Judiciário deve e pode agir para forçar os outros poderes a cumprirem o dever constitucional que lhes é imposto; essa omissão autoriza o Ministério Público a pedir ao Poder Judiciário uma solução que coloque fim a essa agressão ao direito de toda uma população; a mera alegação de falta de recursos financeiros, destituída de qualquer comprovação objetiva, não é hábil a afastar o dever constitucional imposto ao Município de prestar serviços de relevância pública correlacionado com a área de saúde; a este caso não se aplica a cláusula da Reserva do Possível, seja porque não foi comprovada a incapacidade econômico-financeira do ente público, seja porque a pretensão social de transporte público na área de saúde se afigura razoável, estando, pois, em plena harmonia com o devido processo legal substancial.

4.2 As Normas Programáticas e os Direitos Sociais

Não há dúvida de que as prestações materiais decorrentes dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição dependem dos recursos públicos disponíveis. Em geral, a concretização do conteúdo desses direitos depende do Legislativo e do Executivo, sendo que muitos autores e magistrados são infensos à interferência do Judiciário nessa área por atentar contra o princípio da separação dos poderes. Esse entendimento desconsidera o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, negando-lhes aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.

Cresce, no entanto, o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fontes de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em casos de omissões inconstitucionais. Já decidiu o STF que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Magna

[...] não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello).

4.3 A Ação Civil Pública e as Políticas Públicas

Nota-se que o Acórdão admitiu a implementação de política pública pelo Judiciário, na hipótese de injustificada omissão do Executivo, bem como a adequação da ação civil pública para se questionar as políticas públicas. Não é preciso dizer que essa decisão, relatada pela Des. Maria Elza, navega nas águas daqueles que, tendo percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre os direitos sociais, aplicaram-lhes de forma adequada como princípios-condição da justiça social.

Com efeito, o art. 129 da Constituição da República prevê que são funções institucionais do Ministério Público: “[...] II. zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”. Essa norma autoriza o Ministério Público a discutir as políticas públicas, como ensina Mazzilli (2002, p. 108):

A ação civil pública ainda se presta para que o Ministério Público possa questionar políticas públicas, quando do zelo para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os direitos assegurados na Constituição. Com certeza não poderá o Ministério Público pedir ao Poder Judiciário administre no lugar do administrador; contudo, poderá cobrar em juízo a aplicação de princípios da Administração que possam estar sendo descuidados, e, com isso, restaurar a legalidade.

Se o poder público é o responsável pelo dano, diante de sua conduta omissiva na prestação de serviço de relevância pública, necessário à garantia da dignidade da pessoa humana, o dever de agir não é ato discricionário, mas sim vinculado, porquanto, além de a opção prioritária pela defesa desse bem ter sido feita pelo legislador constituinte (mínimo existencial), a escolha que cabe ao administrador adotar é a tendente a alcançar soluções enquadradas na legalidade, com vistas postas no interesse público. Vale dizer: a execução do ato administrativo é vinculada à obrigação legal imposta ao poder público.

Nesse caso, o magistrado pode exercer o controle do ato administrativo atuando em conformidade com o princípio constitucional de que nenhuma lesão a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. A alegação de falta de recursos financeiros, normalmente destituída de comprovação objetiva, não é hábil a afastar o dever constitucional imposto ao ente público de prestar serviço de relevância pública. Decidiu o Supremo Tribunal Federal que a cláusula da reserva do possível:

[...] não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (BRASIL, 2004b).

Agindo dessa forma assume o Judiciário importante papel na concretização do texto constitucional, sem afrontar o princípio da separação dos poderes.

4.4 Outros Precedentes do TJMG e do STJ

Nesse sentido, admitindo a ação civil pública como meio adequado para a imposição de comandos ao Poder Executivo, a jurisprudência do TJMG caminha a passos largos. Na área da saúde, em sucessivos julgados, tem sido determinado o fornecimento de medicamentos, a realização de procedimentos cirúrgicos, o transporte de doentes e outros serviços (AC nº 288.512-7, Rel. Des. Schalcher Ventura; AC nº 207.886-3, Rel. Des. Francisco Bueno; AC nº 179.564-0, Rel. Des. José Antonino Baía Borges; AC nº 185.027-0, Rel. Des. Célio Paduani; AI nº 231.068-8, Rel. Des. Isalino Lisboa).

A 1ª Câmara Cível, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 213.988-9, relatado pelo Des. Páris Peixoto Pena, manteve decisão liminar restabelecendo a concessão de subvenção a estabelecimento que presta atendimento pelo SUS. No julgamento da Apelação Cível nº 220.891-6, 2ª Câmara Cível, relatada pelo Des. Pinheiro Lago, foi determinada a correção de irregularidades por meio da realização de obras na cadeia pública.

No julgamento da Apelação Cível nº 280.735-2, relatada pela Des. Maria Elza, a 5ª Câmara Cível reconheceu a legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública na qual se questionava a omissão do Estado no provimento dos cargos da Polícia Militar dos Municípios de Andradas e de Ibitiura, fato esse que vinha comprometendo a segurança das referidas localidades.

A 1ª Câmara Cível, por sua vez, no julgamento da Apelação Cível nº 218.556-9, relatada pelo Des. Orlando Carvalho, admitiu, por maioria, ação civil pública na qual se pediu a condenação do Município de São João Nepomuceno a demarcar, cercar e elaborar o regimento interno de área de reserva biológica, criada por lei municipal. De forma idêntica, a 7ª Câmara Cível, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 264.792-3, relatado pelo Des. Wander Marotta, confirmou decisão antecipando a tutela requerida em ação civil pública para fins de determinar a imediata interdição das águas da Cachoeira Brumado.

A 3ª Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0349.03.001.247-1/001, relatada pelo Des. Lucas Sávio V. Gomes, confirmou sentença que restabelecera o repasse de verbas ao Conselho Tutelar da Criança e do Adolescente, as quais haviam sido suspensas pelo chefe do Executivo. A 6ª Câmara Cível, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0637.04.022390-0002, relatada pelo Des. Manuel Saramago, por maioria, determinou o restabelecimento do repasse de verbas orçamentárias a entidades de interesse social, suspenso por ato do chefe do Executivo.

Esses precedentes do Tribunal mineiro têm amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Em Recurso Especial, admitiu-se a adequação da ação civil pública para se obrigar o Estado a realizar obra pública necessária à correção de dano ambiental. O acórdão tem a seguinte ementa:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS AO MEIO AMBIENTE

CAUSADOS PELO ESTADO.

I - Se o Estado edifica obra pública – no caso, um presídio – sem dotá-la de um sistema de esgoto sanitário adequado, causando prejuízos ao meio ambiente, a ação civil pública é, sim, a via própria para obrigá-lo as construções necessárias a eliminação dos danos; sujeito também as leis, o Estado tem, nesse âmbito, as mesmas responsabilidades dos particulares.

II - Recurso Especial conhecido e provido. (BRASIL, 1997).

Em outro julgado, a mesma Turma deu provimento a recurso especial para que a Administração destinasse verba orçamentária própria para a realização de obras de recuperação do solo em prol do meio ambiente. A ementa foi assim redigida:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido. (BRASIL, 2004c)

Na área de proteção dos direitos da criança e do adolescente, é também da 2ª Turma a decisão proferida no REsp. nº 493.811-SP, Rel. Min. Eliana Calmon, determinando a inclusão de verba no próximo orçamento do Município de Santos destinada a implantação de serviço oficial de auxílio, orientação e tratamento de toxicômanos, conforme deliberado pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. O Acórdão tem a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido.

Por sua vez, a 1ª Turma deu provimento para reformar decisão do TJSC que julgara extinta por impossibilidade jurídica do pedido ação civil pública na qual se pretendia regularizar o atendimento médico-cirúrgico prestado pelo Hospital Infantil Joana de Gusmão, “[...] deixando sem a assistência devida aproximadamente 6.600 pacientes infantis, muitos deles há quase ano e meio, sob a alegação de não conseguir vencer a demanda”. Na citada ação, foi deferida medida liminar estabelecendo um cronograma de atividades

tendentes a regularizar o atendimento das consultas e cirurgias já agendadas na lista de espera de referido hospital e das demais unidades da Secretaria de Estado e Saúde. Extrai-se a seguinte parte da ementa do referido Acórdão:

DIREITO CONSTITUCIONAL À ABSOLUTA PRIORIDADE NA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NOS ARTS. 7º E 11 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMAS DEFINIDORAS DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICAS. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA. [...] 6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. [...] 8. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional. [...] 10. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. 11. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional. 12. O direito do menor à absoluta prioridade na garantia de sua saúde, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana. 13. Recurso especial provido para, reconhecida a legitimidade do Ministério Público, prosseguir-se no processo até o julgamento do mérito. (BRASIL, 2005).

5. Conclusão

O princípio da separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado social vem sendo revisto, sempre que o comportamento omissivo do Poder Executivo estiver impedindo a efetivação de direitos previstos na Lei Fundamental.

Embora a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, essa

liberdade não se revela absoluta, porquanto a Carta de 1988, ao eleger como meta central a promoção do bem-estar do homem, acabou por definir como alvo prioritário dos gastos públicos aqueles necessários à garantia de condições mínimas de existência – o mínimo existencial –, de maneira que, apenas depois de atingi-lo, é que se poderá discutir a respeito da aplicação dos recursos remanescentes. Concorde-se, portanto, com o teor do Acórdão comentado.

Bibliografia

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 468891/MG. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 5 de maio de 2004a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 29 de abril de 2004b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 88776/GO. Relator: Min. Ari Pargendler. Brasília, 19 de maio de 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 429570/GO. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, 22 de março de 2004c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 577836/SC. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 2 de fevereiro de 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.